

# **LA POLÍTICA PÚBLICA DE REGULACIÓN DEL SECTOR DE LAS TIC EN COLOMBIA. ¿SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO O MERCANCÍA?**

*Por: Corina Duque Ayala*

## **Resumen**

La política pública para la organización y el control del sector de las TIC ha sido plasmada en la Ley 1341 de 2009, cuya implementación generará la profundización de la liberalización, la privatización y la desregulación del sector de las telecomunicaciones en el país, cuyos servicios dejaron de considerarse como públicos y domiciliarios, salvo la telefonía local móvil rural, para ser comercializados como cualquier mercancía en un mercado sin restricciones. En este contexto de la globalización, se desarrolla simultáneamente uno de los ámbitos de las TIC, la estrategia del gobierno en línea también conocida como la e-administración, para la cual se adoptó el Plan Nacional de las TIC – PNTIC- del Ministerio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, después de la discusión de la Agenda 2019, Plan que pretende generar una sociedad mejor informada y lograr la eficiencia en la prestación de los servicios de la administración pública.

## **Palabras Claves**

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC, globalización, constitucionalización, servicios públicos domiciliarios, privatización, desregularización, e-administración, sociedad de la información.

## **INTRODUCCIÓN**

La Sociedad se ha transformado en una sociedad de masas y en red, que se construye gracias al internet. Las Tecnologías de la Información y las comunicaciones TIC generan nuevas formas de organización social, económica y política. El orden internacional económico se vuelve supranacional y profundamente desigual. La globalización se acompaña de la mundialización y ecumenización del derecho con un orden supranacional y unas organizaciones internacionales que aportan elementos de la cultura universal de derechos humanos, tales como el respeto a la dignidad humana como principio constitucional que debe garantizar Estado y a nivel de administración pública se impone la buena gobernanza mundial. Las TIC ponen el conocimiento al alcance de los pueblos y generan cambios sociales, ejemplo de ello, son las revoluciones recientes en los países del mundo árabe, que evidencian que la humanidad se vuelve más unida y entrelazada.

Por su lado, el monopolio de las TIC permite a las empresas transnacionales construir redes mundiales de información y acelerar la circulación de los flujos financieros, los ciclos productivos y comerciales, así mismo les permite influir en el diseño de las políticas públicas nacionales y regionales.

La Administración Pública colombiana se enfrenta al reto de diseñar políticas públicas que permitan satisfacer las expectativas de los ciudadanos y de las empresas, quienes viven en una sociedad cada vez más mediática y anhelan que los servicios prestados por el Estado sean expeditos y eficientes, lo que se logrará con el uso de las TIC en la administración, experiencia que ha evidenciado sus ventajas sociales y económicas en otros países.

En el aspecto social, el apoyo para el uso masivo de los servicios virtuales brindados por el gobierno ha permitido a estas sociedades, contar con ciudadanos mejor informados y con mayor capacidad de control social, lo que les facilita la exigencia en la realización de sus derechos y por ende, mejora de manera continua la calidad de vida de la población; y en el aspecto económico, la e-administración permite la reducción de costos de transacción de las empresas, al simplificar trámites y brindar seguridad jurídica, lo que incrementa la inversión extranjera y acrecienta la productividad. Por estas dos razones las TIC se convierten en un sector estratégico para cualquier gobierno, al facilitar simultáneamente el desarrollo humano y el crecimiento económico.

La Agenda 2019, elaborada por el Departamento Nacional de Planeación DNP para discusión con los demás actores de las políticas públicas (2007) en su cuarto objetivo “*Un Estado eficiente al servicio de los ciudadanos*”, desarrolla varias estrategias entre las cuales se encuentra aquella de avanzar hacia una sociedad mejor informada, incluye los aspectos del uso de la conectividad, y plantea acciones para acceder a las ventajas sociales y económicas de e-administración y para lograr así un Estado eficiente al servicio de los ciudadanos.

El Plan Nacional de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones PNTIC 2008-2019 fue expedido por el Ministerio de Comunicaciones, en mayo de 2008, el cual busca que todos los colombianos se informen y se comuniquen haciendo uso eficiente de las TIC para mejorar la inclusión social y para aumentar la productividad y la competitividad. Tiene ocho ejes principales, de los cuales cuatro son transversales y uno de ellos es el gobierno en línea, con sus respectivos objetivos y acciones, así como con la definición de indicadores específicos y globales. Para la ejecución del Plan se tienen previstas alianzas con el sector privado, la academia, la sociedad civil y la comunidad científica.

Un diagnóstico realizado por Rafael Orduz (2011), corrobora las cifras emitidas por el Ministerio de Educación y el Ministerio de las tecnologías de información y las comunicaciones (2010), al determinar los cambios acelerados en la última década, respecto del acceso a la conectividad. Indica que en diciembre de 2010 existían 4'438.181 de colombianos suscritos a internet fijo y móvil, y aproximadamente ocho millones que utilizan telefonía móvil, sin embargo sólo el 23% de la población de estrato uno y dos, manifiesta tener acceso a Internet, porcentaje similar al de África, mientras que en los estratos cinco y seis la cifra se eleva al 67%, siendo comparable al índice de Europa.

Estas brechas enormes en su uso, también se observan entre los diferentes niveles de la administración pública y según las regiones, es así como los casos más críticos se encuentran en los departamentos y municipios relegados y apartados por su pobreza, sin que con ello se pretenda desconocer aquellos avances en el gobierno en línea o en la e-administración que han logrado algunas administraciones de las grandes ciudades, tales como Bogotá D.C., Medellín, Cali, Bucaramanga, así como varias empresas de servicios públicos domiciliarios, como la EAAB, o las EPM, y algunas entidades del nivel nacional, entre ellas la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que desarrolló un software llamado “Orfeo”, que hoy se aplica en varias entidades del Estado tales como Fogafín y la DIAN, y que sirve para el trámite ágil de las peticiones y quejas, y para avanzar en la cultura del cero papel en la administración pública.

La introducción de las TIC en la Administración Pública de los países desarrollados de occidente, así como en algunos países de Oriente, tales como Corea del Sur y Japón, ha mejorado notablemente la calidad del servicio de la atención a los ciudadanos y a las empresas, puesto que ha reducido los costos de transacción y por ende ha aumentado la credibilidad y la eficacia del sector público, como proveedor de servicios básicos. En segundo lugar, la implementación de las TIC en los procedimientos administrativos y contractuales, además de reducir tiempos y gastos en la rama ejecutiva, también ha

generado impacto en algunos sectores estratégicos de la economía, al permitir la compra virtual con el único criterio del menor precio.

Sin embargo, en un país como Colombia no se puede desconocer el hecho de que algunos sectores de la actividad empresarial, en especial las MiPymes, aún no han podido beneficiarse del uso de las TIC y de los servicios virtuales del gobierno, del mismo modo que lo vienen haciendo los grandes empresarios nacionales y transnacionales, desde hace varias décadas. Por último, las TIC en la función pública contribuyen a reducir sustancialmente los riesgos de corrupción administrativa, al instaurarse procesos y procedimientos que permiten llevar un registro virtual de cada actuación e identificar los trámites que presenten dilaciones injustificadas, los cuales encubren frecuentemente propósitos ilegales.

Esta disertación se divide en dos partes, en la primera parte se analizará el paradigma de la globalización de la economía y la unificación del derecho y el rol que ha jugado el gobierno colombiano en la adopción de las reformas que exigen las instancias internacionales y transnacionales, respecto del diseño, la implementación y la evaluación de la política pública para la organización, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios y del servicio de las TIC en un escenario global.

En la segunda parte, se profundizará el tema de la e-administración como estrategia del Estado para lograr una sociedad mejor informada, para lo cual se analizarán las estrategias concebidas por el DNP en la Agenda 2019 y por el Ministerio de las tecnologías de información y las comunicaciones en el Plan PNTIC 2008-2019, a través de la e-administración, tendientes a lograr en un futuro próximo, una sociedad mejor informada y satisfacer de manera rápida y eficiente, la prestación de servicios públicos de los ciudadanos, así mismo, se verificarán las acciones previstas tendientes a apoyar la adopción y el uso de las tecnologías por parte de los ciudadanos, en el entendido de que Estado es un actor de la política pública y a su vez un agente económico con capacidad para invertir y luego, para fomentar y dinamizar la adopción y la generalización del uso de estas innovaciones tecnológicas en todos los sectores de la sociedad, pudiendo utilizar para ello, un proyecto a largo plazo dentro de la misma política que incluya medios masivos de comunicación.

## ***I. EL ROL DEL ESTADO COLOMBIANO EN EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA PARA LA ORGANIZACIÓN Y EL CONTROL DEL USO DE LAS TIC, EN UN ESCENARIO GLOBAL.***

### **A. El paradigma de la globalización de la economía y la humanización del derecho.**

Según Adolfo Rodríguez Bernal (2010) el mundo ha tenido cambios debido a la expansión transnacional y a la monopolización de los flujos económicos, así como al fenómeno de la transnacionalización de la autoridad pública. En la actualidad existen tres bloques supranacionales, los Estados Unidos, la Unión Europea y el bloque de los países de oriente, liderado por Japón y Corea del Sur, quienes dominan los flujos financieros, las telecomunicaciones, la biotecnología, el acceso a los recursos naturales y las armas de destrucción masiva.

En este nuevo contexto se facilita el desarrollo de las empresas transnacionales, las cuales tiene acceso a los espacios públicos y limitan la soberanía política de los países. Estas empresas exigen la construcción de grandes infraestructuras para reducir los costos de transporte de materias primas y mercancías, establecen relaciones armoniosas entre los niveles territoriales y sectoriales e influyen en el diseño de las políticas públicas, articulando lo internacional con lo local.

El monopolio de las telecomunicaciones les sirve para construir redes mundiales de información que aceleran la circulación de los flujos financieros, la producción y el comercio. Las TIC permiten la comunicación desde sitios geográficamente dispersos, lo que facilita la consolidación de gerencias flexibles con descentralización integrada, en la búsqueda de mayor productividad, pudiendo realizar rápidamente diagnósticos territoriales tendientes a incidir en el diseño de las políticas públicas locales.

Por su parte, la humanidad se transforma en una sociedad en red, tal y como lo explica Manuel Castells (2008), que se construye gracias a las redes de información de internet. Se trata de una sociedad de masas con un nuevo mercado de consumidores y una nueva forma de organización, donde la comunicación se organiza de tal suerte que eventualmente se vuelve difícil realizar una crítica individual al sistema. Sin embargo, la insatisfacción del consumidor es capaz de percibir la pobreza creciente y la exclusión social que se consolida en el mundo periférico e impide el consumo a grandes segmentos de la población.

Según Philippe Weckel (2003), la globalización de la sociedad es acompañada por la mundialización del derecho. El cambio consolida el orden internacional esencialmente supranacional e interestatal y profundamente desigual, y al mismo tiempo, fortalece la sociedad internacional aportando los elementos de la buena gobernanza mundial.

Álvaro Mendoza Palomino (2009) tiene una aproximación menos radical al debate de la globalización económica y social. Para él existen algunas dimensiones sociales y políticas que no se han logrado vislumbrar, por el miedo a la expansión económica que la misma encarna. Se ha generado una nueva organización de los pueblos con cambios políticos importantes que producen una humanidad más unida y entrelazada. Gracias a la tecnología, que permite poner el conocimiento al alcance de los pueblos y de los individuos a través del mundo, los grupos más vulnerables se han organizado y han empezado a exigir respuestas adecuadas a sus necesidades más apremiantes, tanto individuales como colectivas. Depende entonces de cada uno de nosotros, ejercer la presión para impulsar una actitud más responsable en pro del desarrollo humano.

Por su parte, Kelly Eamonn (2009) plantea que la sociedad global es altamente mediática y exige que el derecho pueda regular fenómenos y situaciones emergentes, y en muchos casos, ya no dentro de los Estados, en sus aspectos internos, sino entre los Estados y LOS particulares de los otros Estados, o entre Estados. En otras palabras, el derecho afronta hoy la transnacionalización de las relaciones. Para Boaventura de Sousa Santos (1999) esta transnacionalización de relaciones políticas, sociales, económicas y culturales constituye un medio para la ecumenización de las relaciones jurídicas y es un elemento constitutivo y fundamental para llevar a cabo el proceso de globalización del derecho. A partir del rol central de la dignidad humana y la preservación de los derechos fundamentales, la calidad de las relaciones entre administración y administrado se modifica y los modelos tradicionales se reformulan. Según Luis Roberto Barroso (2008) el elemento decisivo para la constitucionalización del derecho administrativo en América Latina ha sido la incidencia de los principios constitucionales.

Barri Bozeman (1998) indica que todas las organizaciones en este nuevo contexto de globalización se vuelven públicas. Las privadas, a menudo, tienen rasgos propios de las públicas: pueden estar reguladas dentro del sector, por ende, sujetas a la vigilancia y control, y dependiendo de los fondos del gobierno. Al mismo tiempo, las organizaciones gubernamentales, al igual que las privadas, se regulan cada vez más por las fuerzas del mercado y trabajan de manera activa en la búsqueda de beneficios y rentabilidad.

En el mismo sentido Samuel Yong Serrano (2009), en su texto sobre la responsabilidad pública y privada, explica que cada vez es más tenue la línea divisoria entre los regímenes de aplicación de la responsabilidad pública y la privada. El deber de no causar daño a otro, así como la obligación de indemnizar los daños causados, se convierten

en las máximas que gobiernan la convivencia actual, razón por la cual se ha venido avanzando en la responsabilidad objetiva del Estado, quien se hace responsable y se obliga a indemnizar a las personas que se encuentran en su territorio, cuando se cause un perjuicio o daño que el administrado no estuviere en el deber de soportar, debiendo luego repetir contra los responsables, lo que permite, en todos los casos, la realización efectiva de los derechos fundamentales.

Con estas aproximaciones doctrinales se puede concluir que el fenómeno de la globalización de la economía se ha dado a la par con la humanización del derecho.

### ***B. El paradigma de la Constitucionalización del derecho administrativo y el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios.-***

El gran reto del Estado colombiano, después de la expedición de la C.P. de 1991 ha sido concretar la constitucionalización del derecho en todas sus áreas, especialmente en el derecho administrativo. Específicamente en materia de prestación de servicios públicos, en el año 1994 se expidió el régimen de prestación de servicios públicos domiciliarios, el cual implementa un tratamiento tarifario que pretende la realización de los principios de la solidaridad y redistribución en la prestación de los mismos, establecidos en el artículo 365 de la C.P., y para el efecto se consagra un estatuto de derechos de los usuarios, disponible en la Ley 142 de 1994.

Siguiendo con esta homogeneización y unificación del derecho administrativo, frente a los requerimientos realizados por el bloque de constitucionalidad, establecidos en el marco internacional, así como la incorporación de los criterios de la buena gobernanza, el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia y la exigencia de la aplicación de los principios y normas constitucionales en los desarrollos jurisprudenciales de las altas Cortes, se expidió en marzo de 2011 la Ley 1437 de 2011 o nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Este nuevo código busca, en términos generales, adecuar los procedimientos a las exigencias de la unidad de pensamiento jurídico. Un primer aspecto que plantea la reforma es la reorganización y unificación del procedimiento administrativo y sancionatorio, con el fin de lograr la efectividad de los derechos en sede administrativa, como condición para la convivencia pacífica, para el desarrollo de la modernidad y para el bienestar general, teniendo como requisito *sin e qua non* del progreso, el reconocimiento, el respeto y la realización de los derechos por parte del Estado, desde la misma administración pública, en donde se deberá generar un cambio de actitud hacia el ciudadano, respetando el debido proceso y realizando los trámites sin dilaciones injustificadas.

Un segundo aspecto de la reforma es el avance hacia la seguridad jurídica, a través del mecanismo de la unificación de la jurisprudencia administrativa por parte del Consejo de Estado, y la aplicación de sus precedentes judiciales en sede administrativa, con la figura jurídica denominada “la extensión de la jurisprudencia”, la cual puede ser activada en cualquier momento y por cualquier ciudadano, lo que forjará un trabajo colegiado disciplinado y de gran envergadura, con un alto contenido constitucional, generando así un mayor alcance de la tutela judicial en materia de lo contencioso administrativo.

Lo anterior no significa el desconocimiento de los avances que ha venido haciendo el Consejo de Estado en las sentencias de unificación, al acoger planteamientos de la Corte Constitucional, en especial aquellos relacionados con el derecho a la igualdad material, por ejemplo en algunos temas laborales, como es el caso de la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, expediente 112-09, Consejero Ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la cual se unificaron los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación; así mismo, en temas contractuales se han dado similitudes, en especial en lo relacionado con el alcance

del derecho al debido proceso y la imposición de multas, temas ampliamente desarrollados en las Sentencias de la Sección Tercera, en especial, la Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18394, C.P. Ruth Stella Correa, y la Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16367, C.P. Enrique Gil Botero.

Igualmente, se han verificado convergencias en los temas de reparación directa por parte del Estado, tal es el caso de la responsabilidad objetiva del Estado ante una falla del servicio, en especial ante la falla médica, con la consecuente necesidad de considerar la carga dinámica de la prueba, sin que se abandone la teoría de la falla probada, en donde se tiene como antecedente la Sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 15427 de la C.P. Magistrada Ruth Stella Correa, la cual fue recientemente ratificada en sala, en el expediente 16934, Sentencia del 9 de febrero de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourt, o en materias relacionadas con los hechos de la justicia, como ha sido el caso de la Sentencia del 4 de diciembre de 2006 del Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

También se encuentran algunas sentencias constitucionales de las diferentes secciones que abordan el tema de la igualdad en el acceso a los servicios públicos domiciliarios, como por ejemplo, la reciente acción de grupo de la Sección Tercera 25000232400020000001601, C.P. Ruth Stella Correa, de abril 7 de 2011, que aclara que la reconexión de los servicios públicos domiciliarios no puede supeditarse al pago de honorarios de los abogados, puesto que la suspensión del servicio es suficiente apremio para que paguen. El fallo recuerda que las cláusulas ambiguas del contrato de condiciones uniformes para la prestación de servicios públicos, debe interpretarse a favor de la parte más débil, pues se trata de un contrato de adhesión, tal y como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, se destaca la Sentencia de abril 11 de 2002, radicado 1409, C.P. Susuna Montes Echeverri, en donde se hace notar que el modelo de solidaridad tarifaria no puede hacerse soportar tan sólo en uno de los vértices: el recargo en la tarifa de los servicios por cuenta de los estratos altos de la población, sino que debe complementarse con la creación y puesta en funcionamiento de los Fondos de Solidaridad. Este fallo en especial, converge con los planteamientos realizados inicialmente por la Corte Constitucional respecto de la creación y efectivo funcionamiento de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, en la Sentencia de Sala Plena C-237 del 20 de mayo de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, así como en las sentencias C-566 de 1995 y C 252 de 1997 del M.P. Eduardo Cifuentes, y en la Sentencia C-086 de 1998 del M. P. Jorge Arango. Por último, en la Sentencia de Acción Popular, del 21 de septiembre de 2007, A.P. 413-01, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, se hace un análisis interesante sobre la finalidad del Estado en materia de servicios públicos domiciliarios y la necesidad de otorgar subsidios para garantizar el acceso a los grupos más desfavorecidos.

A pesar de que estas sentencias, al momento de su expedición no contaban con la fuerza de precedente judicial que tendrán a partir de julio de 2012, se observa cómo a nivel de jueces administrativos y magistrados de tribunal departamental, ya se había empezado a acatar *la ratio decidendi* de estas “líneas jurisprudenciales”, lo que ha decantado, de alguna manera, la argumentación en materia contencioso-administrativa.

Por último, respecto del procedimiento contencioso administrativo, la reforma de la ley 1437 plantea la oralidad, la inmediación, y al mismo tiempo la participación de los notarios en la práctica de las pruebas, lo que permite el acceso efectivo a la justicia y legítima rápidamente esta jurisdicción. Lo cual seguirá siendo fundamental, para la realización de los derechos laborales de los funcionarios públicos, para aquellos ciudadanos que han sido víctimas de una falla en el servicio o de un hecho del conflicto armado que vive el país, sin pretender desconocer el papel fundamental que tiene esta jurisdicción en materia electoral para garantizar la transparencia en las elecciones y en los nombramientos, así como en los temas de contratación estatal, impuestos, tasas y contribuciones, garantizando por otro lado, “la confianza inversionista”, tan pregonada por los dos gobiernos saliente y entrante, que permitiría el crecimiento económico del país.

Este proceso de constitucionalización del derecho, inició en Francia hace varias décadas, a través de la jurisprudencia de las altas Cortes y luego con la inclusión de las normas supranacionales de la Unión Europea, en el ordenamiento interno. Romain Felsenheld (2005) analiza este aspecto desde la perspectiva de la mundialización o unificación del derecho, entendiéndolo como el fenómeno por el cual se avanza hacia la realización y materialización de los derechos humanos en sede administrativa, y en última instancia en sede judicial. Bélich Nablí (2005) explica, de manera más simple, que este proceso de constitucionalización se ha llevado a cabo en Francia, haciendo prevalecer las normas constitucionales y europeas en el derecho administrativo.

Felsenheld trae a colación al profesor Ferdinand Mélin-Soucramanien quien observa a su vez, cómo desde el año 1973 se empiezan a dar convergencias materiales entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y aquella del Consejo Constitucional, al utilizar estándares o fórmulas breves para la aplicación y el alcance del principio de la igualdad, lo que les permitió consagrar “la igualdad en la diferenciación”, inicialmente defendida por Jean Rivero. Es así como se constatan convergencias materiales en torno al principio de la igualdad ante el servicio público, especialmente en tres sentencias, así: (i) CE 1997-395, fallo que versa sobre la sanción de un techo tributario o haber fiscal para una sola categoría de contribuyentes, (ii) CE, 2001-446, sentencia que trata sobre la segunda ley relativa a la píldora anticonceptiva y el derecho a la igualdad en el acceso para jóvenes colegiales. (iii) CE, 1993-325, fallo que analiza el manejo que se está dando a la inmigración y el derecho de estas familias a vivir una vida familiar normal.

En cuanto a la realización del principio de la igualdad en el Estado Social de derecho y en la sociedad, Samuel Yong Serrano (2008) explica que la evolución del concepto de igualdad ha sido acumulativa. La nueva dimensión de la igualdad se agrega y no sustituye a las ya existentes. Por ello, pese a surgir en los últimos años, el derecho a la igualdad de oportunidades para garantizar la igualdad de resultados y por ende la igualdad material, de todos modos, la igualdad formal o lo que es lo mismo, la igualdad de trato de los ciudadanos ante la ley y en la ley, seguirá siendo la base del Estado de derecho.

Comenta además que la vinculación de la igualdad a la tarea legislativa se inicia en Alemania y se irradia hacia otros países, como Italia y Francia, así como y hacia las organizaciones internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esta nueva versión de la igualdad se pueden cuestionar las leyes que son discriminatorias, es decir, aquellas que no justifican un trato desigual, sino que aplican el concepto de igualdad al contenido de la ley para hacerla exigible frente al legislador. Por el contrario, el Estado con esta nueva versión del principio de igualdad, debe establecer diferencias cuando existan condiciones relevantes, en relación con los hechos o circunstancias personales que afectan los contenidos de la relación jurídica, también debe atribuir derechos a titulares que se encuentran en inferioridad por razones culturales, físicas o de situación económica o social.

Respecto del origen del principio de la igualdad material, nos comenta el mismo autor, que fue en la Alemania de Weimar en donde por primera vez, se reinterpreto el concepto de Estado social de derecho, después de la segunda guerra mundial, lo que supone que el Estado garantice a los ciudadanos una igualdad real, debiendo, no solo expedir leyes discriminatorias positivas sino adoptando medidas para que la igualdad de las personas se haga efectiva. La positivización del principio de igualdad, no solo exige que los poderes públicos se sometan a esta norma, sino que además, el precepto goza de una eficacia normativa a la que son vinculados el intérprete y el destinatario del principio con mayor alcance. Los poderes públicos deben actuar e impulsar la igualdad de oportunidades en la comunidad, y de forma negativa, se debe permitir que los actos de los poderes públicos sean declarados inconstitucionales, cuando sean contrarios al principio de la igualdad.

Pero la igualdad no sólo está referida a la aplicación de la ley, sino también a la expedición de las leyes, decretos, reglamentos, y a la formulación de las políticas públicas.

En este nuevo contexto el principio de igualdad no descarta la expedición de leyes, decretos, reglamentos “*ad personam*”, cuando ello se encuentre justificado, dando un trato diferente a las personas que se encuentran en la misma situación, aplicando criterios tales como la igualdad proporcional “lo mismo a los iguales” o “la igualdad numérica” lo mismo a todos”, lo que significa que el trato debe ser parejo, para quienes se encuentran en situación similar y desigual entre quienes se encuentran en situaciones distintas. La norma diferenciadora deberá tener una estructura coherente, y una adecuación suficiente entre la finalidad de la misma y los medios empleados, que justifique la diferencia de trato.

Además, en un Estado social de derecho se debe entonces asegurar un mínimo vital, indispensable para asegurar el respeto de la dignidad de la persona y el ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que no es suficiente que el Estado se abstenga de dictar normas discriminatorias sin justificación razonada, sino que también debe tomar medidas para conseguir la igualdad real de todos los ciudadanos. .

Volviendo al tema del derecho al acceso a los servicios públicos domiciliarios con principios de solidaridad y redistribución y la obligación del Estado de tomar medidas para conseguir la igualdad real de los ciudadanos, se perfila constitucionalmente la obligación del Estado de adjudicar subsidios a las tarifas para hacer efectivo este derecho. En este punto el Consejo de Estado podría concretar algunos aspectos del servicio público, a través de su labor de la unificación de la jurisprudencia contencioso-administrativa, e incidir así en la transición hacia un Estado social. José Ramón Cossio (1989) explica que el Estado social va más allá del Estado de derecho. En este último, las ideas de libertad existen al margen de las actuaciones estatales. En el Estado social por el contrario, se exige la ayuda del Estado para superar las desigualdades.

La aplicación de la noción de Estado Social de derecho en el ambiente de la función pública, tal como lo describe Ángel Garronera Morales (1992) consiste en plasmar su accionar en la realización de la igualdad, a través de la procura de un mínimo existencial, un orden económico y social, en función de la participación y la justicia. Esto no implica que la realización del Estado social de Derecho deba necesariamente limitar la libertad humana, y aunque la libertad y la igualdad hayan estado siempre en una relación de contradicción, el mismo profesor acepta que el perfeccionamiento y la estricta aplicación del principio formal de la igualdad, trae como consecuencia la voluntaria limitación de la libertad, a través de la utilización del principio de la fraternidad, el cual puede llegar a armonizar esta contradicción, pues permite fomentar cierta renuncia a la libertad, así como la posibilidad de brindar un tratamiento igualitario sin matices, en aras de conseguir una sociedad más justa.

Como ya se enunció, en este contexto de globalización y constitucionalización del derecho administrativo en Colombia, surge como primera manifestación del mismo, en el año 1991, la consagración de la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios como una finalidad inherente al Estado, para lo cual se expide la ley 142 de 1994 que explicitó el nuevo régimen de prestación, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios, por el cual se establece un régimen mixto para la prestación de estos servicios, al poder ser prestados directamente por los entes estatales, en alianza con el sector privado, o finalmente, al autorizarse la transferencia de la propiedad de estas empresas estatales al sector privado, dejando en cabeza del Estado, las funciones de vigilancia y control, con el fin de garantizar una prestación eficiente y equitativa de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional, según lo establecido en el artículo 365 de la C.P, para lo cual se estableció un régimen tarifario expedido por las Comisiones de Regulación y un control frente a los derechos de los usuarios realizado por la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios.

Sin embargo, en materia de telecomunicaciones, el proceso adquiere una dinámica propia y el sector empieza a reclamar desde 1991 una independencia *sui generis*, debido precisamente a las exigencias internacionales de liberación, privatización y

desregularización del sector, plasmadas en acuerdos y anexos de la OMC, escenario global que efectivamente precipitó la última reforma del sector plasmada en la ley 1341 de 2009, que sustrajo del régimen general de la Ley 142, la prestación del servicio de telefonía fija pública conmutada, dejando sólo el servicio de telefonía local móvil rural, afirmando que el resto de servicios en telecomunicaciones, no se pueden considerar como domiciliarios, lo que permite comercializarlos libremente en el mercado, con un precio que fluctúa según las leyes del mercado y un control muy limitado ejercido por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin nociones de solidaridad y redistribución en la prestación del mismo, y con muy pocas posibilidades de realización de los derechos de los usuarios.

Este panorama se torna gris, si se tiene en cuenta que las TIC se han convertido en el servicio esencial de cualquier ser humano, pues le permite tener acceso al conocimiento del planeta, lo que facilita el desarrollo integral de la población. Veamos en detalle esta evolución de la regulación del sector al interior del Estado colombiano.

### **C. El diseño e implementación de la política pública para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.**

#### **a. La unificación del régimen de servicios públicos domiciliarios**

En Colombia, las reformas en la prestación, regulación y control de los servicios públicos domiciliarios empezaron con la Constitución Política de 1991, artículos 365 y ss, en donde se estableció como una finalidad inherente al Estado, aquella de velar por la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios, haciendo prevalecer los principios de solidaridad y distribución, artículo 367, y otorgando subsidios a las personas de menores ingresos, artículo 368. Además se creó la Superintendencia de Servicios Públicos, artículo 370, entidad que debe velar por el control y la vigilancia de las entidades prestadoras y hacer prevalecer los derechos de los usuarios.

Como desarrollo de estos mandatos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994, que estableció un régimen especial e integral para la organización y gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas domiciliario, telefonía fija conmutada y móvil rural. Respecto de la prestación de los servicios, se autorizaron esquemas mixtos, pudiendo las entidades públicas entrar a prestarlos directamente, en asocio con los particulares, o simplemente entregándolos en concesión para una gestión eminentemente privada. Se previeron además esquemas de gestión del sector privado, con auditorías externas, contratación regida por el derecho privado y sólo en casos excepcionales, la jurisdicción contenciosa cuando los contratos contengan cláusulas exorbitantes.

De otra parte, la ley previó la creación de las Comisiones de Regulación para los tres sectores antes mencionados, con el fin de dejar la tarea de la regulación tarifaria en cabeza del ejecutivo, quitándole esta facultad al Congreso. Estas Comisiones tienen la función de generar esquemas tarifarios que deben aplicar las empresas para volverse autosuficientes tanto administrativa como financieramente. A estos entes administrativos también se les atribuyó la facultad de conceptuar sobre la legalidad de los contratos de condiciones uniformes, suscritos entre la empresa y los usuarios, tarea que también ha sido muy cuestionada, por cuanto es una función específica de la jurisdicción contenciosa administrativa. Con estas dos funciones se evidencia el interés que ha tenido el ejecutivo de concentrar el poder en esa rama, respecto del régimen de los servicios públicos domiciliarios, quebrantando así el principio de equilibrio de poderes de un Estado de derecho.

Otro aspecto que desarrolló la ley, es el relacionado con los derechos de los usuarios, extendiendo la figura del silencio administrativo positivo a favor del peticionario, en lo relacionado con el trámite de las peticiones, quejas y reclamos, y estableciendo como

segunda instancia a la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, entidad donde deben llegar las quejas en recurso subsidiario de apelación.

De manera premeditada esta ley dejó por fuera la telefonía móvil y el internet, con el argumento de ser un sector estratégico para la inversión extranjera, cuyo régimen quedó a cargo del Ministerio de Comunicaciones y su control administrativo en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Estos nuevos modelos de organización y gestión, permitieron especialmente al sector de telecomunicaciones, avanzar rápidamente en el proceso de desnacionalización del sector de las telecomunicaciones en Colombia, habiéndose privatizado la empresa más grande del país, como TELECOM, de la cual hoy es propietaria Telefónica Internacional SAU, transnacional española. Por su parte, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, UNE, y las Empresas Municipales de Cali, redujeron paulatinamente su participación estatal, es así como actualmente la gestión es realizada por inversionistas “estratégicos”. Por ejemplo, la ETB hoy es dirigida por el grupo español Santander Investment Valores Colombia S.A., considerado como inversionista estratégico que consolida los portafolios convergentes y los resultados financieros esperados.

Respecto del sector de las TIC, las empresas transnacionales con ayuda del Ministerio de Comunicaciones pudieron avanzar rápidamente en su proceso de concentración de capital entre 1994 y 2009, generando oligopolios con algunos socios nacionales. En la actualidad operan en el país las siguientes empresas: Comcel, de propiedad de Carlos Slim, Movistar de propiedad de Telefónica de España y Telecom y Tigo de propiedad de Millicom International Cellular de Luxemburgo.

#### **b. La normatividad internacional y su incidencia en la reforma del régimen de las TIC en Colombia.**

Se debe anotar que el proceso de globalización del mercado de los servicios de las TIC, inició desde mediados de la década de los noventa y se impulsó desde la OMC con la suscripción por los Estados miembros del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios en el año 1997 en Ginebra-Suiza, así como con los anexos y las decisiones sobre telecomunicaciones, lo que permitió exigir a los gobiernos, la adecuación de la normatividad interna al nuevo contexto internacional, la liberalización progresiva del mercado y la desregularización del sector.

En el Acuerdo se indica que se deben respetar los objetivos de las políticas nacionales, se reconoce que los Estados tienen el derecho a reglamentar el servicio en el territorio, sin embargo se les recuerda que deben lograr un equilibrio entre derechos y obligaciones de los empresarios y de los ciudadanos.

En este Acuerdo se exige de manera precisa la liberalización progresiva del sector de telecomunicaciones al interior de cada país miembro, lo cual se verificará mediante rondas sucesivas de negociaciones y a través de la elaboración de listas nacionales, todo con el fin de garantizar el acceso efectivo de los empresarios a los mercados nacionales. En el anexo del acuerdo sobre el sector de telecomunicaciones, se reconoce que este sector es autónomo e independiente al interior de cada país, sin embargo, se convierte en el instrumento fundamental para el alcanzar el desarrollo de otras actividades económicas, por esta razón, los Estados deben garantizar el acceso a los mercados y la prestación por parte de los oligopolios transnacionales de las TIC, quienes son los únicos que cuentan con la tecnología de punta. Se pretende además obligar a los Estados a que revoquen las regulaciones y las políticas públicas proteccionistas que estén limitando este acceso, permitiendo a los empresarios internacionales competir con la industria nacional en igualdad de circunstancias, aunque se constate que las condiciones son asimétricas.

En cuanto a la transparencia que debe existir entre los Estados firmantes, se exige que la información de las convocatorias para cualquier contratación pública de gobierno en línea o e-administración, esté disponible al público, debiendo incluir en los pliegos de condiciones, los precios o tarifas y los demás términos y condiciones con los que se pretende contratar el servicio, así mismo, las especificaciones de las interfaces técnicas con las redes y los servicios de acompañamiento. De otro modo, se les requiere para que mantengan disponible en la página web la información de los órganos o entidades del Estado que han sido encargados de preparar las normas y las condiciones que afectan el acceso y la utilización del mercado de las TIC en todos los niveles del Estado, nacional, departamental y municipal. En otras palabras, se debe dar total publicidad a las condiciones de acceso al mercado libre de las telecomunicaciones.

Este Acuerdo fue aprobado en Colombia el 30 de marzo de 2001 por el Presidente de la República y se incorporó al ordenamiento jurídico mediante la Ley 671 de julio de 2001, así mismo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 369 de 2002 con una decisión de cinco votos contra cuatro.

Siete años más tarde, el Gobierno Nacional es compelido a cumplir con los compromisos de la OMC suscritos por Colombia, es así como éste presenta al Congreso de la República un proyecto de ley, el cual se aprueba sin mayores cambios, por el Congreso, mediante la ley 1341 de 2009, después de haberse vivido un lobby, por demás eficaz, el cual fue realizado por los gremios económicos del sector, tanto en el ejecutivo como en el legislativo. Desafortunadamente, en los debates de este proyecto de ley no se tuvo en cuenta la participación de la academia, ni de los usuarios, ni de las empresas nacionales, tampoco tuvieron eco las intervenciones de los tecnócratas de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, quienes abogaron por la no supresión de la Delegada para las Telecomunicaciones en materia de control administrativo.

#### **c. El texto de la ley 1341 de 2009.**

El 30 de julio de 2009 se expide la Ley 1341 por la cual se definen los principios y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC en el país y se crea la Agencia Nacional del Espectro Electromagnético. Se trata de una ley ordinaria de iniciativa gubernamental, promovida por el entonces Ministerio de Comunicaciones, a partir de la nueva ley empezó a llamarse Ministerio de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones. Colaboró en su redacción, entre otros, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos domiciliarios –ANDESCO-.

En la exposición de motivos de la ley se expresa que los objetivos fundamentales son los siguientes: el avance hacia la masificación de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y la expansión de la inversión privada para mejorar la infraestructura y para diversificar los servicios, allí se lee: *“por lo que se hace necesario diseñar una política pública coherente que incluyan los avances tecnológicos del sector, lo que contribuirá a una mayor certidumbre jurídica para los inversionistas”*.

En términos generales, el articulado de la ley varió la política pública para el sector de telecomunicaciones y el tratamiento que se debe dar a los productores, a los proveedores del servicio y a los usuarios, al incluir conceptos de libertad de mercado, posibilidades totales de privatización y de desregularización del mercado de las TIC. Es así como en esta ley se concretan las exigencias de la OMC, en especial aquellas contenidas en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y en los Anexos y Decisiones sobre los servicios de las TIC, lo que según los argumentos expresados en la exposición de motivos de la ley, por expertos económicos del Ministerio de Comunicaciones y del Departamento Nacional de Planeación, permitirá al país avanzar en la homogeneización y uniformidad de la

normatividad interna, con las exigencias del marco jurídico internacional, contribuyendo así a fortalecer las nuevas corrientes mundiales de derecho globalizado.

De otra parte, la ley prohíbe los subsidios a la tecnología de producción nacional y exige un trato igual entre nacionales y extranjeros. Así mismo, concreta la posibilidad de suscribir tratados de libre comercio en la materia y exige la eliminación gradual de aranceles para las importaciones, así como la agilización de trámites administrativos y reglamentarios internos en materia aduanera, con el fin de disminuir los costos de transacción de los inversionistas y empresarios extranjeros.

De igual manera, se avanza en la eliminación de barreras administrativas para el movimiento de mercancías, se crean incentivos para la inversión extranjera directa en las empresas del Estado, con lo que se agrega un eslabón más a la cadena tendiente a lograr la privatización total del sector, con la consecuente desregularización del servicio de las TIC, la libertad de precios en las tarifas, la eliminación de subsidios a los empresarios nacionales, y la exigencia al Estado de limitarse a ejercer el control y vigilancia de los prestadores del servicio para evitar conductas clásicas del comercio internacional de las TIC tales como el dumping en tarifas, la competencia desleal o el uso ilegal del espectro electromagnético. De esta forma, se progresa en la expansión y la oligopolización del sector, consolidándose una élite en el poder proveniente de países desarrollados, quienes se desenvuelven en un escenario global.

Esta ley también crea una Unidad Administrativa Especial que se llama Agencia Especial para el control del espectro electromagnético, con personería jurídica adscrita al Ministerio de la Tecnología y las Comunicaciones, que ejerce la planeación, administración, gestión, vigilancia y control del espectro electromagnético, con el fin de reducir las interferencias y los usos clandestinos del mismo. La autoridad máxima en la Agencia será el Comité de radiocomunicaciones y sólo está conformado por tres personas, el Ministro del ramo, el Director de la Agencia y el Director de la Comisión de Telecomunicaciones, lo que facilita la toma de decisiones en un escenario global. La Ley incluye el servicio básico de telefonía fija conmutada, el cual se encontraba antes bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, y deja únicamente bajo ese régimen anterior el servicio de telefonía local móvil rural.

El nuevo esquema de gestión de las TIC se inserta en el modelo neoliberal de la economía, de corte anglosajón, para la prestación de los servicios públicos, con la libre competencia del mercado, la libertad de precios, la eliminación de subsidios a los usuarios de sectores medios y populares, los incentivos a la inversión privada, política pública denominado por el gobierno entrante y saliente como “la confianza inversionista”.

Respecto de los productores y prestadores del servicio de las TIC, se establece una doble regulación especial. A los productores de las TIC se les exige organizarse en sociedades de economía mixta. A los prestadores de los diferentes servicios de las TIC se les permite un esquema de empresa prestadora de servicios públicos ESP, establecido en la ley 142, pero con un régimen eminentemente privado en materia de contratación. Por otro lado, se determina que estas empresas no estarán sometidas al régimen tarifario con criterios de solidaridad. Por el contrario, se establece que la acción de otorgar subsidios constituye una infracción al nuevo régimen, que podría llegar a causar multas, disposición que contraría abiertamente los artículos 13, 58 y 367 de la C.P., que establecen el derecho a recibir subsidios para acceder a los servicios públicos esenciales y para satisfacer las necesidades básicas, como desarrollo de los principios de solidaridad y redistribución que rigen en un Estado Social.

En cuanto al hecho de haberse sustraído de manera premeditada los servicios de telecomunicaciones del régimen especial de servicio público domiciliario, esta situación podría estar contrariando también la jurisprudencia de la Corte Constitucional establecida en inicialmente en la Sentencia T 578 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en

donde se afirma que no se puede desconocer que los servicios de telecomunicaciones son domiciliarios. Allí se lee: “(...) *El servicio público no es simplemente un concepto jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración, cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico. (...) Los servicios públicos cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas*”.

Se tiene que una necesidad esencial del ser humano en este siglo, es la de acceder al conocimiento de la humanidad. Por su lado, el Estado social está en la obligación de avanzar hacia una sociedad mejor informada para hacer frente a los nuevos escenarios globales de la política, la economía y la cultura. Por ello, negarle a los grupos más vulnerables el acceso a las TIC, con el argumento de que no se les puede subsidiar el acceso al servicio de las TIC, es condenarlos al ostracismo histórico, al no permitirles realizar su derecho a acceder al conocimiento y no poder así hacer parte de la sociedad mediática del siglo XXI.

No ocurre lo mismo, con el tratamiento que otorga la ley a los derechos de los empresarios transnacionales, por el contrario, la ley se preocupa por garantizar el derecho de los empresarios transnacionales respecto del uso de las redes y el libre comercio, exigiéndole a los industriales colombianos, en su artículo 50, cumplir con la obligación de arrendar a los transnacionales sus redes y sus instalaciones, cuando ellos lo soliciten, para que no tengan la necesidad de construir infraestructura nueva. Se trata en este caso de la aplicación anticipada de una de las reglas que se tienen previstas en el tantas veces abortado TLC con los Estados Unidos, en donde se establece que la construcción de la infraestructura tecnológica estará a cargo de las empresas nacionales (artículos 14.2, 3 y 4 del proyecto de TLC del año 2008). Esta norma garantizará rápidamente la consolidación de los oligopolios.

En lo relacionado con la regulación del mercado, se observa cómo la ley omite tratar el tema de los monopolios, con el argumento de que se trata de un fenómeno natural debido a la necesidad de economías de escala y para acceder a las tecnologías de punta. Paradójicamente, a lo largo de la ley se menciona la libre competencia y la posibilidad de la existencia de múltiples operadores, pero en la práctica la ley está concebida para que opere rápidamente una transferencia del monopolio público al sector privado.

El control administrativo se le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio, suprimiendo la Delegada de Telecomunicaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y desconociendo que este equipo humano, se encuentra mucho más avanzada en el uso de las TIC para el trámite de las quejas, gracias al software ORFEO, que ellos mismos desarrollaron al interior de la entidad.

Respecto de la contratación de estos operadores, según el artículo 55 de la ley analizada, el régimen será eminentemente privado, cualquiera que sea la naturaleza del proveedor, público o privado, lo cual iría en contra de lo establecido en la Constitución, en cuanto al estatuto único que debe regir para las entidades del Estado, desarrollado en las Leyes 80 de 1994 y 1150 de 2007.

En cuanto al régimen tarifario, se derogó lo establecido en la Ley 142 de 1994, pero únicamente para el sector de telecomunicaciones y se adoptó el régimen de libertad de precios. Por excepción se acepta la regulación, pero no se habla de tarifas sino de precios generando así la desregularización tarifaria del sector. Respecto de la telefonía pública básica conmutada, se sustrajo del régimen de la Ley 142 y se le permitió la eliminación gradual de subsidios, dentro de un periodo de cinco años.

Respecto de la protección de los derechos de los usuarios, se le otorga una nueva competencia a la Comisión de Regulación de telecomunicaciones para expedir el estatuto de protección del usuario del sector, tema que es de origen legal. Además, se indica que no se aplicará el trámite establecido en la ley 142, lo que implícitamente genera una derogatoria tácita de la figura del silencio administrativo positivo para los usuarios del servicio de telecomunicaciones.

En ejercicio de esta facultad, la Comisión expide el pasado 18 de mayo de 2011, las Resoluciones 3066 y 3067. En la primera Resolución se establece el nuevo régimen integral de los derechos de los usuarios de comunicaciones. En el artículo 10 se lee el catálogo de derechos y entre ellos se destacan el derecho a recibir los servicios contratados de forma continua y sin interrupciones; a elegir libremente el proveedor, los equipos y el plan tarifario; a acceder fácilmente a la información de promociones u ofertas y a conocer previamente las tarifas. Los operadores deben informar sobre las tarifas y promociones, la cobertura del servicio, el trámite de las peticiones, quejas y reclamos, la velocidad efectiva de internet, las condiciones y tarifas para activación del servicio de *roaming*, los beneficios de contratar con y sin cláusulas de permanencia mínima. La atención por línea gratuita no deberá demorarse más de 20 segundos, y en oficina máximo quince minutos. Se deben habilitar páginas de internet para consulta de consumo y permitir que el usuario elija su contrato a través de medios impresos o electrónicos.

La Resolución 3067 establece indicadores de calidad relacionados con la portabilidad numérica, la información al usuario, la seguridad y la protección de datos, respondiendo a los estándares de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y del Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones. Las empresas se obligan a hacer reportes mensuales de la telefonía móvil y de los mensajes de texto, así como reportes trimestrales para el internet y la telefonía fija. Las empresas deberán prestar el servicio a todas las personas que los soliciten en el área de cobertura de su red, cumpliendo con los principios de trato igual y transparente e informando las condiciones de prestación del servicio a través de página web. En el artículo 8 se consagra específicamente la protección de los datos personales y su uso exclusivo para el control de fraudes o para cumplir disposiciones legales y reglamentarias, de lo contrario se requerirá autorización del titular. Aunque parece bastante completo el nuevo estatuto del usuario, se constata la ausencia de la figura del silencio administrativo positivo, del recurso de reposición ante la Superintendencia de Industria y Comercio, para hacerlo similar al régimen de la Ley 142, y la flexibilidad que se da a los términos de respuesta escrita de las quejas y peticiones.

A manera de conclusión de esta primera parte, con el nuevo esquema de organización y control del sector de las telecomunicaciones en Colombia, se puede inferir que cada vez, será más difícil cerrar la brecha digital entre clases sociales. La sociedad de la información y el conocimiento continuará siendo para la élite en el poder, quienes podrán seguir explotando los desarrollos tecnológicos, digitales y virtuales y por ende, quienes podrán seguir expandiéndose en un planeta globalizado. Para las clases desfavorecidas en Colombia, a diferencia de otros países, el acceso a las TIC no se hará de manera solidaria y redistributiva, al haber dejado de ser una prioridad del Estado. Sin embargo, a través de la e-administración o gobierno en línea, se podría cerrar un poco la brecha en el acceso, avanzando en una sociedad mejor informada, gracias a los servicios virtuales del Estado, tema que se desarrolla a continuación.

## **II. LA E-ADMINISTRACIÓN COMO ESTRATEGIA DEL ESTADO PARA LOGRAR UNA SOCIEDAD MEJOR INFORMADA.**

**A. La Agenda 2019 y el Plan Nacional para las tecnologías de la información y las comunicaciones PNTIC, para mejorar la prestación de los servicios de la administración pública.**

A continuación se analizarán las estrategias concebidas por el gobierno en la Agenda 2019 y en el PNTIC, a través de la estrategia de gobierno en línea para lograr, en un futuro próximo una sociedad más informada, con menos diferencias sociales y para satisfacer de manera rápida y eficiente, la prestación de los servicios públicos, así mismo se verificarán las acciones previstas para asegurar la inversión en una infraestructura tecnológica, la cual como ya se explicó, ahora pasaría a ser de propiedad de algunos oligopolios privados, y serán estos quienes, de manera casi exclusiva, ofrezcan los software necesarios para que la administración pública colombiana se adecúe a las exigencias de un mundo globalizado.

El gobierno en este nuevo enfoque global de la economía y el derecho, se convierte en un actor más de la política pública, y a su vez en un agente económico con capacidad para invertir en infraestructura tecnológica, una primera etapa, para luego, en un segundo estadio, fomentar y dinamizar la adopción y la generalización del uso de estas innovaciones tecnológicas, tanto en sus funcionarios públicos como en los ciudadanos en general.

La Agenda 2019 del Departamento Nacional de Planeación redactada en el año 2007, presenta como objetivos comunes del Gobierno y la sociedad, el avance de la administración pública en TIC para lograr un Estado eficiente al servicio de los ciudadanos, con el fin de consolidar un modelo socioeconómico sin exclusiones, basado en la igualdad de oportunidades, y un gobierno garante de la equidad social. Esta Agenda luego se convirtió en el Plan Nacional para las telecomunicaciones PNTIC 2008-2019, que pretende implementar el gobierno en línea para mejorar la prestación de los servicios por parte del Estado.

La primera estrategia que se concibe en el PNTIC tiene que ver con la capacitación continua a los funcionarios públicos para lograr el cambio de mentalidad hacia los procedimientos virtuales.

En este punto, la experiencia institucional colectiva en diferentes entidades del Estado Colombiano, enseña que para que sea un éxito la inversión en TIC en la administración pública, es condición *sin e qua non*, la capacitación y formación continua a los funcionarios públicos, en conocimientos tecnológicos y en habilidades, de lo contrario, todos los beneficios de la e-administración se desaprovechan, pudiendo verificar en la praxis, al interior de las administraciones locales, inversiones en software muy costosas, las cuales hoy reposan en los anaqueles del despacho de los alcaldes o de los gobernadores, habiendo abortado su uso, por cuanto, para los funcionarios públicos, y en especial, aquellos de carrera administrativa, les resulta mucho más fácil repetir las viejas prácticas, las cuales, según ellos, les exigen menor esfuerzo y no les acarrearán responsabilidad disciplinaria.

De lo anterior, se infiere que éste es el aspecto más costoso de un macroproyecto de innovación tecnológica, para cualquier nivel de la administración pública, por cuanto implica generar proyectos a largo plazo, que permitan interiorizar el cambio de mentalidad que se requiere en el equipo de funcionarios públicos y apropiar un nuevo clima laboral que auspicie las prácticas virtuales tales como los despachos con “cero papel”, las comunicaciones electrónicas, las juntas directivas virtuales, el seguimiento virtual de agendas, entre otros aspectos a destacar como prácticas exitosas de la e-administración.

Los equipos de acompañamiento para esta transición cultural hacia la e-administración o gobierno en línea, podrían provenir del mismo sector público o del sector privado. En la práctica, se observa que casi siempre los equipos de ingenieros o técnicos en

informática que apoyan el proceso de cambio de mentalidad, son provistos por las mismas empresas transnacionales que manejan la tecnología de punta, quienes previamente les han vendido el software institucional, con el argumento de que ellos deben velar por el buen nombre de la empresa.

Se observa además que casi siempre se trata de programaciones contratados “a la medida”, con el pretexto de que los mismos deben entrar a cubrir las necesidades propias de cada entidad, olvidando que en el país ya viene avanzando hacia un único procedimiento administrativo, previsto tanto en el anterior como en el nuevo código contencioso administrativo, situación fáctica que ha venido elevando sustancialmente los costos de adquisición y no permite economías de escala en los recursos públicos, por lo que se debe seguir insistiendo en software comunes, tales como el Orfeo, adaptable a la mayoría de entidades públicas, al contar, a partir de la vigencia del nuevo código, julio de 2012, con una legislación unificada en materia de trámites, que deroga de manera explícita, las reglamentaciones específicas e internas de cada entidad.

#### **B. La estrategia de la e-Administración para lograr una sociedad mejor informada.**

Una segunda estrategia del PNTIC consiste en eliminar las barreras en el uso de la e-administración, construidas en torno a la desconfianza existente tanto del funcionario público como del usuario del servicio, en los temas relacionados con la seguridad de datos. Para ello, se tienen previstas acciones para que el gobierno en el nivel nacional avance rápidamente en los dispositivos normativos y tecnológicos que permitan garantizar la seguridad en temas tales como la firma electrónica, las transacciones y notificaciones electrónicas, y al mismo tiempo, la realización de campañas informativas en los medios de comunicación nacionales y regionales, con el fin de aumentar la confianza ciudadana en el uso del gobierno en línea, e incentivar permanentemente el acceso a estos nuevos servicios electrónicos, destacando por ejemplo las ventajas de reducción de costos y de tiempos a este ciudadano que vive en un mundo mediático y que anhela rapidez y efectividad en sus trámites administrativos.

Al respecto, es importante anotar que en Corea del Sur, las campañas para el uso de servicios de gobierno en línea, se iniciaron hace diez años, en los espacios de televisión de audiencia triple A, con anuncios didácticos que incitaban al uso, y al mismo tiempo, capacitaban al ciudadano a utilizar desde su residencia todos los servicios del gobierno, en especial, aquellos relacionados con acceso y pago de servicios públicos domiciliarios, liquidación y pago de impuestos, solicitud de citas en salud y cupos escolares, entre otros.

El proyecto estratégico de capacitación integral a toda la población se concibió en este país, desde el año 2001, (COTI, 2009), con una duración de treinta años, para lo cual se destinaron recursos suficientes y continuos, lo que ha permitido la formación en todos los niveles de la función pública, la cual se lleva a cabo en el Centro de Entrenamiento de funcionarios públicos –COTI-, universidad con una capacidad para 3.000 alumnos, la cual funciona de manera similar a la Escuela Nacional de Administración Pública ENA en Francia, con la diferencia de haber fortalecido además, los programas de capacitación continua en tecnología, lo que ha permitido la apropiación de la e-administración en el cumplimiento de todas las funciones del sector público y específicamente en la prestación de los servicios al ciudadano. Así mismo, en Corea del Sur se viene implementando el Plan de formación para funcionarios públicos de países dependientes, con un proyecto similar al del Instituto Internacional de Administración Pública de París, pero que se desarrolla en quince días, titulado “*programa internacional de administración pública y buena gobernanza*”, del cual fue beneficiaria una de las autoras de este artículo en el año 2009, programa que permite observar la forma cómo se conciben de manera colectiva, las políticas públicas para el acceso a las TIC, primero al interior de COTI, luego con la participación del sector empresarial cuya propiedad es colectiva y de los trabajadores –

Samsung, Daewoo, Hiunday- lo que impide exacerbar protagonismos personales, que tanto daño hacen a la administración pública en Colombia.

En la medida en que se logre superar en nuestro país, este problema de desconfianza tanto del funcionario como del ciudadano en la e-administración, comenzará a aumentar el acceso a los servicios electrónicos y el uso de los mismos, lo cual sólo se logra con formación continua. No se puede olvidar, que los usuarios de los servicios en un país como Colombia, no son un público especializado, tenemos tan sólo cuatro millones y medio de colombianos con acceso a Internet desde su hogar y muchos ciudadanos que nunca han tenido contacto con un computador, por ello se necesita de un diseño muy sencillo de las aplicaciones, estilo Blackberry, adaptado a los conocimientos de la mayoría de la población. Se debe respetar además el principio la neutralidad en la accesibilidad, concibiendo unos estándares mínimos, en el sentido de no exigir a todos sin exclusión, el uso de las TIC, sino por el contrario, dejando un margen de maniobra para aquellos ciudadanos que se nieguen al uso de las mismas y para aquellas personas que tengan alguna discapacidad que se los impida.

A manera de conclusión, la e-administración facilita un acceso más flexible, cómodo y rápido a los servicios públicos, simplifica y unifica los trámites administrativos y aumenta la eficiencia y la eficacia de la administración pública, así mismo acerca el ciudadano a la administración, reduce las desconfianzas mutuas, permite un seguimiento menos costoso de los procesos administrativos, garantiza a menor costo el debido proceso y el ejercicio del derecho a la defensa a través del ejercicio de los recursos en vía administrativa. De otra parte, la e-administración acelera la sociedad de la información, y puede contribuir en la reducción de las brechas sociales, al aumentar las posibilidades del acceso masivo a la educación y a la información, lo que a su vez genera ciudadanos mejor informados y capacitados para ejercer el control ciudadano, quienes logran fácilmente integrarse alrededor de los grupos más vulnerables, con el fin de realizar exigencias colectivas al Estado, lo que les permita resolver sus necesidades especiales.

Para el equipo de funcionarios de la administración pública el impacto también es favorable, por cuanto se modernizan los procesos y procedimientos, se disminuyen los errores y se combate la corrupción administrativa, se mejoran las relaciones entre empleados y administración pública, se controlan a diario los resultados en cada proyecto y se toman los correctivos a tiempo, en fin, se reduce el uso del papel y se ahorra en los costos de funcionamiento.

Por lo tanto, la e-administración debe ser una política pública de Estado de carácter prioritario, concebida con una visión a largo plazo, que involucre principios de solidaridad y redistribución y trascienda al gobierno de turno, lo que aseguraría efectivamente una sociedad mejor informada y con mayor calidad de vida. Así mismo, la e-administración contribuiría al fortalecimiento del tejido empresarial nacional, el cual se aspira a que sea cada vez más competitivo y dinámico, aun cuando seamos conscientes de que el esquema de oligopolio puede llegar a afectarlos, al imperar las leyes del mercado sin restricciones.

El dilema para nuestros dirigentes, respecto de la escogencia de un enfoque neoliberal de crecimiento que privilegie la inversión extranjera o de un modelo socialdemócrata que permita un desarrollo integral y sostenible, podría llegar a diluirse un poco, en este nuevo escenario global, en donde el buen uso de las TIC por parte de los gobiernos, podría llegar a facilitar una sociedad mejor informada y por ende con mayor capacidad de crítica, aunque siga teniendo un fuerte componente mediático, lo que a mediano plazo podría generar ciudadanos más demócratas, con mayor capacidad para exigir a sus gobernantes el mantenimiento del equilibrio entre el principio de la eficacia económica en la administración pública y la obligación de parte del Estado de garantizar la igualdad de oportunidades, para lo cual la administración pública en particular, deberá concentrar sus esfuerzos, en los grupos más vulnerables, verificando su efectiva conectividad con tarifas accesibles, dejándole al sector privado el mejoramiento de la

calidad de vida de las demás capas de la población, por la vía del acceso a tecnologías de punta con precios del mercado, lo que redundará en el bienestar general de la Nación.

Aun cuando en Colombia el atraso tecnológico en la administración pública siga siendo enorme, esto no implica que no se deban seguir haciendo esfuerzos presupuestales para asegurar cada vez más, la accesibilidad y la sofisticación de los servicios públicos en línea. En el nivel local, se sugiere mayor gestión fiscal por parte de los mandatarios locales, en especial, respecto del cobro de tributos sobre la propiedad inmobiliaria, tales como el impuesto predial, la valorización y la plusvalía, con campañas puntuales para asegurar el cobro a los hacendados y rentistas de la municipalidad, todo con el fin de contar con mayores recursos para la inversión en las TIC, por cuanto, a pesar de existir un esquema de descentralización consolidado y con recursos presupuestales transferidos desde el nivel nacional, para los sectores de la educación, la salud y el servicio de agua potable, las necesidades sociales siguen siendo enormes y los recursos locales y nacionales siempre resultarán insuficientes, lo que ha hecho que en la práctica los mandatarios locales, estén sacrificando la inversión en las TIC, desconociendo que se trata de un servicio vital para el desarrollo integral de los pueblos.

Aunque el panorama pueda parecer aún desalentador y desolador para los territorios más pobres y vulnerables, el futuro de las TIC en la administración pública en Colombia está por construirse y los avances, la masificación y democratización del servicio dependen en gran medida, del control ciudadano que ejerza cada uno de nosotros, desde el lugar que nos haya correspondido en esta sociedad del siglo XXI.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

- BARROSO, L. R. (2008), *el neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, el triunfo tardío del derecho constitucional. Disponible en [www.derechoconstitucional/congres](http://www.derechoconstitucional/congres), último acceso 20 de junio de 2011.
- BOZEMAN, B., (1998), *Todas las organizaciones son públicas*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración pública, México, Fondo de Cultura Económica.
- CASTELLS, M. (2006), *La sociedad en red, una visión mundial*, Alianza Editorial, Universidad abierta de Cataluña, España.
- COSSIO DÍAZ, J. R., (1989) *Estado Social y Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- COTI, (2009), Centro de Entrenamiento para funcionarios públicos en Corea del Sur. Programa Internacional de Administración Pública y buena gobernanza para funcionarios de países periféricos. Beca Koika otorgada a Corina Duque Ayala, en octubre de 2009, para verificar los avances en la e-administración y aplicarlos en la Secretaría de Hacienda Distrital.
- DE SOU, A SANTOS B., (1999) *La Globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, ILSA.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, (2007) *Avanzar hacia una sociedad mejor informada, propuesta para discusión, visión Colombia II Centenario, Agenda 2019*. Disponible en [colombiadigital.gov.co](http://colombiadigital.gov.co), último acceso julio 27 de 2011.
- DOERING, K. (1986), *Estado Social, Estado de Derecho y orden Democrático*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- EAMONN, K. (2009) *La década decisiva. Tres escenarios para el futuro del mundo*, Bogotá, Grupo Editorial Norma.
- FAVOREAU, L., (1996), *La constitutionnalisation du droit*. Consultado en Mélinges en honneur du Roland Drago, L'unité du droit. París, económica.
- FALSENHELD, R., (2008) *La constitutionnalisation du droit administrative*, Association M2PDA, Université Panthéon Assas, París II.
- GARRONERA MORALES, A., (1992) *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos.
- MELIN SOUCRAMANIEN, F. (1997), *Le principe d'égalité et le Conseil Constitutionnel*, PUAM, Económica.
- MENDOZA PALOMINO A., (2009) *Globalización una etapa de la superación humana*, Fundación Prolegómenos, Construyendo conocimiento. Disponible en Internet [www.prolegomenos.org](http://www.prolegomenos.org), último acceso 27 de junio de 2011.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. (2010), [Educolombia.org](http://Educolombia.org), Sistema integral para la gestión educativa, Número de Colombianos conectados a Internet. Disponible en [www.educolombia.org](http://www.educolombia.org), último acceso 23 de junio de 2011.

- MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y TELECOMUNICACIONES, (2011) *Plan Nacional de las TIC, PNTIC 2008-2019*, disponible en Internet, [www.Colombiaplantic.org/medios](http://www.Colombiaplantic.org/medios), último acceso 24 de junio de 2011.
- MONTAÑA PLATA, A. (2005) *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2ª edición, Bogotá. Universidad Externado de Colombia..
- NABLI, B. (2009) *Européisation et constitutionalisation du droit national*, consultado en [www.droitconstitutionnelle/congres](http://www.droitconstitutionnelle/congres). Último acceso 27 de junio de 2011.
- OHAMEA, K., (2007), *El próximo escenario global*, Editorial Whart on Scholl Publishing, disponible en Internet [www.scribd.com/ohmae-Kenichi](http://www.scribd.com/ohmae-Kenichi), último acceso 20 de junio de 2011.
- ORDUZ, R., (2011) *Internet en Colombia, los cambios de una década (2000-2010)*, disponible en [www.colombiadigital.org](http://www.colombiadigital.org). Org, último acceso mayo de 2011.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, OMC, (2011), *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Anexo declarativo a las negociaciones sobre telecomunicaciones. Disponible en internet: [www.omc.org](http://www.omc.org), último acceso 20 de junio de 2011.
- WECKEL, P. (2007) *La mondialisation du droit*, La vidéothèque numérique de l'enseignement supérieur. 2003. Disponible en internet [www.Canal-U.tv/themes/droit](http://www.Canal-U.tv/themes/droit), último acceso, mayo 23 de 2011.
- RODRÍGUEZ BERNAL, A., (2010), *Las políticas públicas en el escenario global, la acción pública en el siglo XXI*, Bogotá, Esap publicaciones.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, ORFEO, (2010) *Sistema de Gestión documental, trámites para ciudadanos*, disponible en [www.superservicios.gov.co/orfeo](http://www.superservicios.gov.co/orfeo). Último acceso 20 de junio de 2011.
- YONG SERRANO, S. (2008), *El Concepto de igualdad en la Constitución Española*, Revista IUSTA No 29, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Páginas 99, 118. Segundo semestre de 2008.
- YONG SERRANO, S, (2009) *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá, Editorial Universidad Santo Tomás.

#### Normatividad, Constitución, Códigos, Leyes, Acuerdos, Resoluciones de las Comisiones de Regulación

- Colombia, (1991), *Constitución Política de Colombia*, Legis, 2010.
- Colombia,(1984) Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1994, Legis 2010.
- Colombia (1991), Ley 142 de 1994, Régimen para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- Colombia (2001), Ley 671 de 2001, por la cual se aprueban los cuatro protocolos anexos al Acuerdo General sobre el comercio de servicios, con la lista de compromisos específicos de Colombia anexa. Hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997.
- Colombia (2007), Proyecto de ley 112 de 2007, por el cual se regula el sector de las TIC y se crea la Agencia Nacional del Espectro electromagnético.
- Colombia (2009), Ley 1341 de 2009, Ley sobre las tecnologías de la información y las telecomunicaciones.
- Colombia, (2011) Nuevo Código de procedimiento administrativo y procedimiento contencioso administrativo, Ley 1437 de 2011., consultado en [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), último acceso, febrero 11 de 2011.
- Colombia (2011), Resoluciones 3066 y 3067 de la Comisión de Regulaciones de Telecomunicaciones, estatuto del usuario e indicadores de calidad de las empresas que prestan el servicio de las TIC.

#### JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional, (1992) Sentencias C- 578 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, disponible en internet [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), último acceso, 5 de abril de 2011.
- Corte Constitucional (2008), Sentencia SU 1010 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Consejo de Estado, (1991-2011) Sentencias de las diferentes secciones, periodo 1991-2011.